

## Het vernieuwde Nederlandse arbitragerecht (II)

Bb 2016/11

*In een aantal bijdragen wordt aandacht besteed aan de herziene Nederlandse arbitragewetgeving. Dit is de tweede bijdrage in deze reeks.*

### 4. Betrokkenheid gewone rechter

De gewone rechter is op meerdere plaatsen in de arbitragewetgeving een controlerende of assisterende rol toebedeeld (zie hierover ook I.P.M. van den Nieuwendijk, 'De nieuwe arbitragewet bezien vanuit het perspectief van de gewone rechter', *TCR* 2014/4).

Zo is in art. 1022a Rv geregeld dat een overeenkomst tot arbitrage niet belet dat een partij de gewone rechter kan verzoeken om een maatregel tot bewaring van recht (zie hierover ook G.J. Meijer, 'De overeenkomst tot arbitrage volgens het Wetsvoorstel Modernisering Arbitragerecht', *TvA* 2013/33). Sinds 1 januari 2015 is in de wet vastgelegd dat dit ook bij de kantonrechter in kort geding kan. Voorts is in art. 1022b Rv geregeld dat een overeenkomst tot arbitrage niet belet dat een partij de gewone rechter verzoekt een voorlopig getuigenverhoor, een voorlopig deskundigenbericht of een voorlopige plaatsopneming, bezichtiging of inzage, afschrift of uittreksel van bepaalde bescheiden te bevelen. Deze bepaling is door de wetsherziening uitgebreid met de mogelijkheid om inzage, afschrift of uittreksel van bepaalde stukken te bevelen. Daarnaast is in art. 1022c Rv bepaald dat wanneer een partij een verzoek indient bij de rechter in de gevallen genoemd in art. 1022a en 1022b Rv en een andere partij zich voor alle weren beroept op het bestaan van een overeenkomst tot arbitrage, de rechter zich uitsluitend bevoegd verklaart, indien de gevraagde beslissing niet of niet tijdig in arbitrage kan worden gekregen (zie hierover ook T. Stouten, 'De toegang tot de Nederlandse rechter voor exhibitieverzoeken onder de nieuwe arbitragewet', *TvA* 2015/22). Verder geldt dat indien en voor zover het scheids-gerecht zich onbevoegd heeft verklaard op grond van het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage, de gewone rechter (uiteraard) bevoegd is van de zaak kennis te nemen.

Op basis van art. 1043b Rv kunnen door het arbitrale scheids-gerecht ook voorlopige voorzieningen worden getroffen, onder andere in een arbitraal kort geding. De vraag die opkomt, is of de voorzieningenrechter van de rechtbank dan wel de kantonrechter in kort geding kan worden aangezocht, wanneer in een overeenkomst tot arbitrage de mogelijkheid waarin art. 1043b Rv voorziet, is opgenomen. Op basis van art. 1022c Rv luidt opnieuw het antwoord dat de voorzieningenrechter of de kantonrechter in kort geding zich onbevoegd verklaart, indien een partij zich er voor alle weren op heeft beroepen dat een overeenkomst tot arbitrage bestaat, waarin wordt voorzien in de mogelijkheid voorlopige voorzieningen te treffen, tenzij de gevraagde voorziening niet of niet tijdig kan worden verkregen of de overeenkomst tot arbitrage ongeldig is. De kerngedachte is dat het primaat bij het arbitrale scheids-gerecht ligt (zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33611, nr. 6, p. 8).

Inmiddels is er enige jurisprudentie. In een zaak bij de Rechtbank Amsterdam bijvoorbeeld waren partijen ICC-arbitrage overeengekomen. De verweerder had aangevoerd dat het ICC-reglement voldoende mogelijkheden bood tot het treffen van voorlopige voorzieningen. De voorzieningenrechter stelde echter vast dat de arbitrageprocedure nog niet aanhangig was gemaakt en dat er nog geen arbiters waren benoemd. Aangezien verweerder niet concreet inzichtelijk gemaakt had hoeveel tijd met de benoeming, de behandeling van het geschil en de beslissing in de arbitrage zou zijn gemoeid, oordeelde de voorzieningenrechter dat onvoldoende aannemelijk was dat eiseres binnen een aanvaardbare termijn een beslissing op de gevraagde voorzieningen zou kunnen verkrijgen. De voorzieningenrechter achtte zich daarom bevoegd (Rb. Amsterdam 28 januari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2010:375; zie voor een ander voorbeeld *TvA* 2015/75).

5. Benoeming arbiters

Hoofregel is dat benoeming van de arbiter of arbiters plaatsvindt op de wijze zoals de partijen zijn overeengekomen. De partijen kunnen de benoeming van de arbiter of arbiters, of van een of meer arbiters, evenwel aan een derde opdragen. Indien geen wijze van benoeming is overeengekomen, wordt/worden de arbiter/arbiters door de partijen gezamenlijk benoemd. Benoeming dient plaats te vinden binnen drie maanden – voor 1 januari 2015 was deze termijn twee maanden – nadat de zaak aanhangig is, tenzij benoeming al heeft plaatsgevonden. Er is voor een termijn van drie maanden gekozen, omdat hiermee sprake is van uniformering met de overige termijnen in het Vierde Boek Rv en de termijnen die in Rv worden gebruikt. De gedachte is dat dit verwarring bij partijen voorkomt over de vraag binnen welke termijn de benoeming rond moet zijn (zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33611, nr. 5, p. 11). Verder geldt dat de termijnen door de partijen bij overeenkomst kunnen worden bekort of verlengd. Nieuw is voorts dat niet langer een afwijkende langere termijn wordt gehanteerd voor de situatie dat ten minste een van de betrokken partijen buiten Nederland woont dan wel daar verblijft. Hiervoor is gekozen omdat een dergelijk onderscheid niet goed past in het monistische systeem van het Nederlandse arbitragerecht, waarin geen onderscheid wordt gemaakt tussen nationale en internationale arbitrage. Daarnaast leek een dergelijk onderscheid bij de huidige stand van de communicatietechnologie ook niet meer nodig (zie *Kamerstukken II* 2012/13, 33611, nr. 3, p. 11). Vindt de benoeming van de arbiter of arbiters niet binnen de termijn plaats, dan wordt/worden de ontbrekende arbiter(s),

<sup>1</sup> Harold Koster is verbonden aan de Universiteit van Dubai en aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

op verzoek van de meest gereede partij, benoemd door de voorzieningenrechter van de rechtbank. Ook dit is lichtelijk gewijzigd. Gold voorheen dat de voorzieningenrechter alle arbiters diende te benoemen, zelfs al waren er al een of meer arbiters benoemd, nu hoeft/behoeven slechts de ontbrekende arbiter of arbiters te worden benoemen. Er is wel (nog steeds) sprake van dwingend recht. Afgevraagd kan worden of dat wel wenselijk is (zie ook G.J. Meijer, 'De nieuwe Arbitragewet (2015) bezien in het licht van de internationale arbitrage', preadvies Nederlandse vereniging voor procesrecht, in 'Arbitragerecht, op de scheidslijn van oud naar nieuw?', *BJU* 2015). Tijdens de parlementaire behandeling is gevraagd of met een driemaandstermijn wel een snelle geschilbeslechting in kort geding te bewerkstelligen is. Dit omdat er geen versnelde termijn voor het benoemen van arbiters bestaat. De idee is, zo de minister, dat partijen dan in onderling overleg op korte termijn tot benoeming overgaan dan wel een kortere termijn overeenkomen (zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33611, nr. 5, p. 10/11). Als er een geschil ontstaat, lijkt de kans op overeenstemming hierover evenwel niet (altijd) bijster groot. Als partijen vooraf geen kortere termijn zijn overeengekomen, zal daarom doorgaans wel een keuze worden gemaakt voor de gang naar de gewone rechter.

In art. 1028 Rv is de regeling opgenomen over de bevoorrechte positie van een van de partijen bij de benoeming van de arbiter of arbiters. Is hiervan sprake, dan kan ieder van de partijen, in afwijking van de overeengekomen benoemingsregeling, de voorzieningenrechter van de rechtbank verzoeken de arbiter of arbiters te benoemen. Ten aanzien van deze regeling zijn enkele wijzigingen aangebracht. Zo is de bepaling niet langer alleen van toepassing op een benoemingsregeling in de overeenkomst tot arbitrage, maar eveneens op een benoemingsregeling buiten de overeenkomst tot arbitrage. Voorts is met aanpassing van de wettekst – door gebruik van de bewoordingen 'bij overeenkomst of anderszins' – beoogd duidelijk tot uitdrukking te brengen dat de bepaling zowel ziet op een ongelijkheid bij de benoeming van de arbiters de jure als de facto (zie *Kamerstukken II* 2012/13, 33611, nr. 3, p. 12). In de memorie van toelichting wordt als voorbeeld genoemd:

"Een voorbeeld van een de facto bevoorrechte positie bij de benoeming van arbiters is een arbitraal beding in een vennootschapscontract op grond waarvan ieder der vennoten van een vennootschap onder firma of een commanditaire vennootschap een arbiter mag benoemen. Als vervolgens één van de vennoten een geschil krijgt met alle andere vennoten, kan de eerstgenoemde vennoot bij de benoeming van arbiters wellicht onvoldoende tegenwicht tegen de andere vennoten bieden omdat hij slechts een arbiter mag benoemen." (zie *Kamerstukken II* 2012/13, 33611, nr. 3, p. 12)

In een dergelijk geval hebben alle partijen het recht de voorzieningenrechter van de rechtbank te verzoeken de arbiter of arbiters te benoemen in afwijking van de aan een van de partijen toegekende, bevoorrechte positie bij de benoeming

van de arbiters of arbiters. Hieronder valt dus nu ook de partij die zelf een bevoorrechte positie heeft. Daarnaast is de termijn van een maand waarbinnen de voorzieningenrechter moet worden aangezocht om de arbiter of arbiters in afwijking van de overeengekomen benoemingsregeling te benoemen, verlengd tot drie maanden. Een kortere termijn kan niet worden overeengekomen, wel kan de termijn worden verlengd. Na ommekeer van de termijn vervalt de termijn. Wel zouden de partijen in onderling overleg uiteraard alsnog een andere invulling kunnen kiezen.

## 6. Beëindiging van de opdracht van de arbiter

Een arbiter kan slechts van zijn opdracht worden ontheven in een aantal in de wet (art. 1029 Rv) omschreven gevallen, tenzij partijen anders zijn overeengekomen. Allereerst kan een arbiter op eigen verzoek daarvan worden ontheven hetzij met instemming van de partijen, hetzij door een door de partijen aangewezen derde of, bij gebreke daarvan, door de voorzieningenrechter van de rechtbank. Ten tweede kan een arbiter door de partijen gezamenlijk van zijn opdracht worden ontheven. Ten derde kan een arbiter, indien hij rehtens of feitelijk niet meer in staat is zijn opdracht te vervullen, op verzoek van een van de partijen van zijn opdracht worden ontheven door een door de partijen aangewezen derde of, bij gebreke daarvan, door de voorzieningenrechter van de rechtbank. Ten slotte, ten vierde kan een scheidsgerecht, indien het, ondanks herhaalde aanmaning, zijn opdracht, alle omstandigheden in aanmerking genomen, op onaanvaardbare trage wijze uitvoert, op verzoek van een van de partijen van zijn opdracht worden ontheven door de door partijen aangewezen derde of, bij gebreke daarvan, door de voorzieningenrechter van de rechtbank. Er moet dus sprake zijn van het herhaaldelijk zijn aangemaand. Een enkele aanmaning is onvoldoende. Daarnaast moet de vertraging aan het scheidsgerecht en/of de daarin zitting hebbende arbiter(s) te wijten zijn. Verwijtbaarheid in juridische zin doet daarbij niet ter zake (zie *Kamerstukken II* 2012/13, 33611, nr. 3, p. 13). Als sprake is van een onaanvaardbare vertraging, dan worden alle arbiters van hun opdracht ontheven, zelfs in de situatie dat de vertraging aantoonbaar aan enkele arbiters valt te wijten. Er is voor deze regeling gekozen, omdat dit efficiënter is dan een discussie over de vraag of en, zo ja, welke arbiters de vertraging te verwijten valt (zie *Kamerstukken II* 2012/13, 33611, nr. 3, p. 13).

Nieuw is voorts dat de opdracht van de arbiters dan niet wordt beëindigd en dus de bevoegdheid van de gewone rechter niet herleeft. De idee is dat er nieuwe arbiters worden benoemd. Ten slotte, onverminderd het bepaalde in art. 1060, 1061 en 1065a Rv eindigt de opdracht van het scheidsgerecht door verzending van het laatste eindvonnis aan partijen of bij deponering van het laatste eindvonnis, door nederlegging ter griffie van de rechtbank van dit laatste eindvonnis. Door de verwijzing naar art. 1060, 1061 en 1065a Rv, geldt dat bij verbetering van het vonnis, bij een aanvullend vonnis en bij terugverwijzing de opdracht niet eindigt.

## 7. Arbitrageprocedure

Art. 1036 Rv bevat regels over de arbitrageprocedure. Door de wetswijziging zijn enkele belangrijke regels samengebracht in art. 1036 Rv. Hoofregel is dat, onverminderd dwingend recht in Boek 4 Rv, eerste titel, het arbitraal geding gevoerd wordt op de wijze als door de partijen is overeengekomen. In de praktijk maken partijen vaak van deze vrijheid gebruik door in het arbitraal beding een arbitragereglement van toepassing te verklaren, waarin de arbitrale procedure verder is omschreven en uitgewerkt (zie ook M.P.L. Schaink, 'Het herziene arbitragerecht', *TOP* 2015(6)). Ook kan verwezen worden naar een arbitragereglement dat losstaat van een arbitrage-instituut, zoals de Uncitral Arbitration Rules. Hebben partijen hier geen afspraken over gemaakt, dan wordt dit gevoerd op de wijze als door het scheidsrecht bepaald met inachtneming van de regels van Boek 4 Rv, eerste titel. Daarbij geldt dat het scheidsrecht partijen behandelt op voet van gelijkheid en de partijen over en weer in de gelegenheid stelt hun standpunten naar voren te brengen en toe te lichten en zich uit te laten over elkaars standpunten en over alle bescheiden en andere gegevens die in het geding ter kennis van het scheidsrecht zijn gebracht. Verder geldt dat het scheidsrecht zijn oordeel ten nadele van een van de partijen niet op bescheiden en andere gegevens baseert waarover die partij zich niet voldoende heeft kunnen uitlaten. Daarnaast waakt het scheidsrecht tegen onredelijke vertraging van het geding en treft zo nodig, op verzoek van een partij of uit eigen beweging, maatregelen. Een sanctie ingeval hiervan sprake is, ontbreekt overigens. Mogelijk kan het scheidsrecht hier rekening mee houden bij de kostenveroordeling. In elk geval is het in de praktijk belangrijk om te bepalen tot welk tijdstip nieuwe stukken in het geding kunnen worden gebracht.

Gelet op de tekst van art. 1036 lid 1 Rv "Onverminderd de bepalingen van dwingend recht in deze titel, wordt het arbitraal geding gevoerd op de wijze als door de partijen is overeengekomen. Voorzover de partijen niet in de regeling van het arbitraal geding hebben voorzien, wordt dit, onverminderd het bepaalde in deze titel, gevoerd op de wijze als door het scheidsrecht bepaald", is het scheidsrecht dus gebonden aan zowel dwingend recht alsook aan regelend recht uit de eerste titel Boek 4 Rv. Dit is in de praktijk relevant, aangezien een schending van een bepaling van regelend recht een schending van de opdracht zou kunnen vormen die tot vernietiging van het arbitraal vonnis kan leiden. De plaats van arbitrage wordt door de partijen bij overeenkomst bepaald en bij gebreke daarvan door het scheidsrecht (art. 1037 Rv). Indien de plaats van arbitrage niet is bepaald, geldt de plaats van de uitspraak, door het scheidsrecht in het vonnis vermeld, als plaats van arbitrage. Het scheidsrecht kan zitting houden, beraadslagen, getuigen en deskundigen horen op elke andere plaats, in of buiten Nederland, die het daartoe geschikt acht, tenzij de partijen anders zijn overeengekomen. Door de toevoeging 'tenzij partijen zijn overeengekomen' is vastgelegd dat partijen de plaats mogen bepalen waar zitting wordt gehouden, wordt beraadslaagd en getuigen en deskundigen worden gehoord.

Hierdoor wordt de Nederlandse regeling in overeenstemming gebracht met art. 20 lid 2 van de Uncitral Model Law (zie *Kamerstukken II* 2012/13, 33611, nr. 3, p. 17).

Art. 1038a-1038d Rv zijn grotendeels nieuw en bevatten regels over de schriftelijke fase van de arbitrale gedingvoering. Er is bepaald dat de eiser en de verweerder door het scheidsrecht in de gelegenheid worden gesteld een memorie van eis respectievelijk een memorie van antwoord in te dienen. Het scheidsrecht is vrij om te bepalen of nadere memoriën kunnen worden ingediend. Beide bepalingen zijn van regelend recht (art. 1038a Rv). Deze regeling sluit aan bij de Uncitral Model Law (zie *Kamerstukken II* 2012/13, 33611, nr. 3, p. 17). Vervolgens stelt het scheidsrecht, op verzoek van een van de partijen of uit eigen beweging, de partijen in de gelegenheid hun zaak op een zitting mondeling toe te lichten, tenzij de partijen anders zijn overeengekomen (art. 1038b Rv). Indien geen van de partijen om een zitting verzoekt en het scheidsrecht een mondelinge behandeling ook niet nodig acht, kan de zaak worden afgedaan op basis van de schriftelijke stukken (zie *Kamerstukken II* 2012/13, 33611, nr. 3, p. 17). Partijen kunnen ook vooraf overeenkomen af te zien van een mondelinge toelichting. Niettemin kan het scheidsrecht dan nog steeds uit eigen beweging een zitting bevelen wanneer dit nodig wordt geacht (zie *Kamerstukken II* 2012/13, 33611, nr. 3, p. 17). Er is niets bepaald over de wijze van oproeping voor de zitting of de gang van zaken tijdens de zitting. Het werd niet nodig gevonden dit in wet te regelen (zie *Kamerstukken II* 2012/13, 33611, nr. 3, p. 18).

In art. 1038c Rv – eveneens nieuw – is geregeld dat een tegenvordering toelaatbaar is indien daarop dezelfde arbitrageovereenkomst van toepassing is als waarop de vordering is gebaseerd dan wel diezelfde arbitrageovereenkomst door de partijen uitdrukkelijk of stilzwijgend van toepassing is verklaard. Van 'stilzwijgend' zal naar mijn mening sprake zijn als de partij tegen wie de tegenvordering is ingesteld zich daar niet tegen verzet (zie ook E.R. Meerdink en R. van Tricht, 'Modernisering van het arbitraal geding', *TvA* 2013/35). Deze tegenvordering dient, tenzij partijen anders zijn overeengekomen, bij memorie van antwoord te worden ingediend.

Ten slotte kan op basis van art. 1038d Rv een partij zijn vordering respectievelijk tegenvordering of de gronden daarvan veranderen of vermeederen gedurende de arbitrale procedure, op voorwaarde dat de wederpartij daardoor in zijn verdediging niet onredelijk wordt bemoeilijkt of het geding daardoor niet onredelijk wordt vertraagd. Met het vastleggen van deze regels in de wet wordt beoogd om de voornaamste arbitrageregels voorgeschreven te hebben voor het geval partijen daarover niets zijn overeengekomen (zie *Kamerstukken II* 2012/13, 33611, nr. 3, p. 17). Een (tegen) vordering mag uiteraard zonder dat voorwaarden gelden, worden verminderd.

Art. 1044 lid 1 Rv gaat over het inwinnen van inlichtingen over buitenlands recht. Nieuw is dat partijen nu kunnen afspreken dat het scheidsrecht dergelijke inlichtingen niet mag inwinnen. Hierdoor kunnen partijen voorkomen dat de arbitrale procedure wordt vertraagd en tot hoge kosten

aanleiding geeft (zie *Kamerstukken II* 2012/13, 33611, nr. 3, p. 24). Partijen aanvaarden daarmee dan het risico dat een arbitraal vonnis wordt gewezen dat in strijd is met buitenlands recht.

In art. 1045a Rv is een nieuw vierde lid opgenomen. Het bepaalt dat het een partij niet langer geheel vrijstaat om een derde in vrijwaring op te roepen. Het scheidsgerecht staat de vrijwaring niet toe, indien het scheidsgerecht het op voorhand onaannemelijk acht dat de derde verplicht zal zijn de nadelige gevolgen van een eventuele veroordeling van de belanghebbende partij te dragen. Verder staat het scheidsgerecht de vrijwaring ook niet toe indien het van oordeel is dat door een vrijwaringsprocedure onredelijke of onnodige vertraging van het geding te verwachten valt.

Ten slotte is in art. 1072b Rv bepaald dat indien de geadresseerde kenbaar heeft gemaakt dat hij daarvoor langs deze weg bereikbaar is en het scheidsgerecht daarmee instemt, voor zover voor een overeenkomst, processtuk, mededeling, verzoek of handeling de schriftelijke vorm wordt vereist, dit ook op elektronische wijze kan geschieden. Dit is evenwel niet het geval voor zover het een handeling betreft die geschiedt in een gerechtelijke procedure, tenzij dit wordt toegestaan in deze procedure. De bereikbaarheid langs deze weg geldt voor de duur van het arbitraal geding, tenzij de geadresseerde meedeelt dat hij haar wijzigt of, voor zover partijen deze mogelijkheid zijn overeengekomen, intrekt (zie hierover ook H.W. Wefers Bettink, 'Online arbitrage in de nieuwe Arbitragewet', *TvA* 2013/32).

Uit het vijfde lid van art. 1072b Rv volgt dat voor elektronische verzending wordt uitgegaan van de verzendtheorie. Wel geldt een minimumbescherming voor de geadresseerde: het langs elektronische weg te verzenden bericht moet een systeem voor gegevensverwerking buiten de verantwoordelijkheid van de verzender hebben bereikt. Alleen dan wordt het bericht geacht te zijn verzonden (zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33611, nr. 6, p. 13).

Ook kan in plaats van een persoonlijke verschijning van een getuige, een deskundige of een partij, het scheidsgerecht bepalen dat de desbetreffende persoon door middel van elektronische middelen zoals een videoconferentie rechtstreeks in contact staat met het scheidsgerecht en, voor zover van toepassing, met anderen. Het scheidsgerecht bepaalt, in overleg met de betrokkenen, welke elektronische middelen daartoe worden gebruikt en op welke wijze dit geschiedt. Het bepaalde in art. 1072b Rv sluit aan bij hetgeen in de arbitragepraktijk al gebeurde.

Het scheidsgerecht beslist, indien het uit meer arbiters bestaat, bij meerderheid van stemmen, tenzij de partijen anders zijn overeengekomen (art. 1057 Rv). In overeenstemming met art. 29 van de Uncitral Model Law is nu in de wet opgenomen dat indien het scheidsgerecht uit meer arbiters bestaat, procedurele zaken van ondergeschikt belang door de voorzitter kunnen worden beslist indien daartoe door de mede-arbiters bevoegdheid is verleend, tenzij de partijen anders zijn overeengekomen. Deze bevoegdheid moet beperkt worden uitgelegd en ziet slechts op beslissingen van procedurele aard met een ondergeschikt karakter. Bij be-

langrijke besluitvormingsprocessen zoals het bevel inzage, afschrift of uittreksel van bepaalde bescheiden te verschaffen en het toestaan van een voeging, behoren alle arbiters te participeren (zie *Kamerstukken II* 2012/13, 33611, nr. 3, p. 30).

Ten slotte is in art. 1057 lid 5 onder c Rv bepaald dat partijen schriftelijk kunnen overeenkomen dat het scheidsgerecht zijn vonnis niet hoeft te motiveren. Deze bepaling is nieuw. Partijen kunnen dit pas afspreken nadat de arbitrage ahangig is gemaakt. Alsdan zullen, zo lijkt mij, partijen ook geen beroep meer kunnen doen op de vernietigingsgrond dat het vonnis niet deugdelijk is gemotiveerd (zo ook T. van den Bosch, 'Modernisering van de arbitragewetgeving', *Nederlands-Vlaams tijdschrift voor mediation en conflictmanagement*, 2015-1, p. 79).

(wordt vervolgd)